

auch nicht von vornherein die Stellung eines Verteidigers beziehen. Die Herrschaft des Modischen dauert nie lange. Wie ist Stefan George schon so schnell versunken! Welchen Absturz der Bewertung Rilkes zeigt die Gegenwart sozusagen über Nacht! Statt dessen entdeckt man den Wert der Kunst, wie sie in Treue zu sich selbst und zur Welt geübt wurde oder die Größe eines Hofmannsthal, dessen Werk man als „Dichtung für Reiche“ herabsetzen wollte. Geistige Auseinandersetzungen sind nicht wie die Kriege an bestimmte Jahre gebunden. Sie dauern an. Um so wichtiger wird es, in der geistig aufgeschlossenen Jugend den Sinn für wahre Größe zu wecken. Sie wird dann unsere beste Sachwalterin sein.

Die kritischen Versuche der Nihilisten verlangen aber auch unsere Prüfung. Vor noch so viel vorgebrachter Gelehrsamkeit darf man nicht kapitulieren. Man wird dabei auf viel Ungereimtheit stoßen, die man mit aller Deutlichkeit ans Licht bringen muß, wie es Hans Egon Holthusen in seiner Besprechung des Buches von Jens vorbildlich getan hat (*Die Tat*, Zürich 21. Okt. 1961), ohne einen Widerspruch der Anhänger des Tübinger Altphilologen zu fürchten.

Auch die Vertreter der Kirche in engerem Sinn müssen diesen Zeiterscheinungen ihre Aufmerksamkeit zuwenden. Diese untergraben das christliche Denken viel grundsätzlicher als die öffentlichen Versuchungen, mit denen die Welt den Glauben zu gefährden vermag.

Die Bedeutung des Arbeitsrechts in unserer heutigen sozialen Ordnung

GERHARD MÜLLER

Die heutige deutsche Gesellschaft pflegt als Industriegesellschaft bezeichnet zu werden. Man muß sich bei diesem Begriff allerdings darüber klar sein, daß er nicht als grobes Schlagwort gebraucht werden darf, daß es nach wie vor breite, wirtschaftlich und soziologisch wichtige Schichten gibt, die mit dieser Bezeichnung im letzten nicht erfaßt werden, wie etwa die große Zahl der freien Berufe und die Landwirtschaft. Diese Schichten stehen in konkreten Beziehungen zu dem Phänomen der Industriegesellschaft und können von dorthor sogar in einem bestimmten Ausmaß einen Gestaltwandel

lange zurückgehalten werden konnte. Aber ebensowenig wie im Leben der Individuen läßt sich im sozialen Bereich ein Verdrängungsprozeß beliebig lange durchhalten. Von daher gesehen ist das, was auf uns zukommt, nur zu begrüßen, auch wenn die zurückgestauten Kräfte zunächst mit turbulenter Gewalt sich Bahn brechen sollten.“ — Mit diesen Worten wird das Buch von *Heinrich Bacht* „Weltnähe oder Weltdistanz?“, Frankfurt 1962, vom Verlag vorgestellt.

erfahren, sie bestehen aber doch als eigene und selbständige Größen weiter. Der Begriff der Industriegesellschaft ist auch keineswegs so zu verstehen — er wird allerdings nur zu leicht derart aufgefaßt —, als ob mit ihm allein Probleme angesprochen würden, die durch die Existenz der Schwerindustrie bedingt sind. Was mit diesem Ausdruck gesagt werden soll, ist jedenfalls dies, daß unser heutiges gesellschaftliches Leben als Gesamtsachverhalt maßgebend von Bedingungen industriegesellschaftlicher Art geprägt ist und daß die Probleme, die aus der Industrialisierung herrühren, für unseren gesellschaftlichen Gesamtorganismus von tragender Bedeutung sind. Zwar nicht allein kennzeichnend, aber doch ein maßgebliches Kennzeichen der industriegesellschaftlichen Gegebenheiten ist dabei der Lebenstatbestand der abhängigen Arbeit in der Gestalt von Massenphänomenen. Einmal besteht unsere Gesellschaft zu einem Großteil aus abhängigen Arbeitnehmern. Weit über die Hälfte aller im Erwerbsleben stehenden Personen gehören hierher. Man muß sich allerdings darüber klar sein, daß die Arbeitnehmer eben nicht alle in der Industrie, im Gewerbe und im Handwerk, sondern zu einem erheblichen Teil gerade auch bei Behörden und öffentlichen Körperschaften beschäftigt sind. Nur am Rand, jedoch als ein bedeutsames Symptom sei in diesem Zusammenhang erwähnt, daß im öffentlichen Dienst soziologisch die Grenzen zwischen dem Berufsbeamtentum und der Angestelltenschaft zu deren Gunsten jedenfalls in bestimmten Bereichen ins Fließen gekommen sind. Neben der großen Zahl der Arbeitnehmer in unserer Gesellschaft überhaupt ist sodann für den Lebenstatbestand der abhängigen Arbeit noch eine weitere Größe kennzeichnend: Zwar nicht durchgängig, aber doch in einem sehr großen Ausmaß finden wir Großballungen von Arbeitnehmern in den einzelnen Betriebs- und Arbeitsstätten. Hier haben wir es also mit einem Massenphänomen der Konzentration der Arbeitsleistung in einem engeren Sinn zu tun.

Bei diesem Sachverhalt ist die rechtliche Ordnung des Lebensbereiches der abhängigen Arbeit für unsere Gesellschaft von entscheidender Bedeutung. Das Arbeitsrecht ist — man darf diesen Ausspruch wohl wagen — für unsere konkrete Gesellschaft geradezu existenzwichtig. Für die Masse der Bevölkerung ist neben dem Sozialversicherungsrecht das Arbeitsrecht jenes Rechtsgebiet, mit dem sie unmittelbar und in erster Linie in Berührung kommt. Möglicherweise überspitzt, aber doch zur Verdeutlichung kann man sagen: Vielleicht ist das Arbeitsrecht für die breiten Schichten unserer Bevölkerung heute so etwas wie das Gemeine Recht geworden.

Das Arbeitsverhältnis, die Beziehungen zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber werden herkömmlicherweise als personenrechtlich gekennzeichnete Beziehungen bestimmt. Unlängst wurde nun zur Erörterung gestellt, ob die darüber noch hinausgehende und fast allgemein vertretene Auffassung von dem Arbeitsverhältnis als einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis wirklich zutrifft oder ob wir es beim Arbeitsverhältnis nicht mit einem Schuldverhältnis zu tun haben, das aller-

dings einen maßgeblichen personenrechtlichen Einschlag hätte¹. Das mag vielleicht als ein Streit um Terminologien erscheinen, aber die aufgeworfene Frage sollte, gerade wenn man das Arbeitsrecht in seiner Funktion für unsere heutige Gesellschaft skizzieren will, Veranlassung geben, sich mit der rechtlichen Substanz des Arbeitsverhältnisses etwas näher zu befassen. Hier ist nun sehr entschieden zu betonen, daß das Arbeitsverhältnis den Arbeitnehmer auf der einen und den Arbeitgeber auf der andern Seite in bestimmter Hinsicht in der Weise eines schuldrechtlichen Vertrags verbindet. Es geht darum, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft und seine Arbeitsleistung dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt und im wechselseitigen Ausgleich hierfür Arbeitsentgelt erhält. Das ist der typische Fall; die Sonderfälle des Volontärs, des Praktikanten u. dgl. kann man außer acht lassen. Ein derartiges Verhältnis wird man seinem Wesen nach aber stets als schuldrechtliche Beziehung bezeichnen müssen². Auf der andern Seite aber ist die dem Arbeitnehmer obliegende Arbeitsleistung und das ihm obliegende Zurverfügungstellen seiner Arbeitskraft ein Phänomen, das unablässig mit dem Leistenden selbst, also mit dem Arbeitnehmer, verbunden ist. Das Arbeitsverhältnis kann sich nur aktualisieren, wenn der Arbeitnehmer mit seiner ganzen Person seine Arbeit verrichtet und „in Arbeit steht“; der Arbeitnehmer ist notwendig als Person in das Betriebsleben eingeordnet und eingespannt. In dieser Hinsicht geht es somit darum, im Arbeitsverhältnis die Personwürde, die personale Natur des Arbeitnehmers, zu beachten³.

Das Arbeitsverhältnis erfährt durch das personale Sein des Arbeitnehmers entscheidende und tragende Züge. Das ist, jenseits aller positiven rechtlichen Ordnungen, bereits aus der Natur der Sache heraus mit der Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als soziologischer Größe vorgegeben. Der personale Faktor des Arbeitsverhältnisses tritt als Pflichtenposition des Arbeitgebers — der entsprechende Rechte des Arbeitnehmers gegenüberstehen — auf und wird dann mit dem Begriff der Fürsorgepflicht umschrieben; und er tritt ferner nach herrschender Meinung als Pflichtenposition des Arbeitnehmers mit entsprechenden Rechten des Arbeitgebers in Erscheinung, was seinerseits als Treuepflicht des Arbeitnehmers bezeichnet wird. Ob diese Terminologie wirklich in jeder Hinsicht glücklich ist, mag dahingestellt bleiben, sie ist aber herkömmlich, und weil sie nun einmal gebraucht wird, soll man an ihr nicht weiter rütteln.

Man muß sich allerdings klar darüber sein, daß die sogenannte Treue-

¹ Pinther, *ArbuR* 61, 225 ff.

² Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6. Aufl., I, 117. Sehr deutlich Nikisch, *Arbeitsrecht*, 3. Aufl., I, 161 ff. Ob eine Unterscheidung zwischen dem Arbeitsvertrag als dem begründeten Moment des Arbeitsverhältnisses und dem Arbeitsverhältnis selbst als der durch den Abschluß des Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer begründeten Beziehung angebracht ist, so wie sie Nikisch a. a. O. streng durchführt, muß hier nicht untersucht werden. Nimmt man die Unterscheidung vor, so ist gerade auch das „Arbeitsverhältnis“ maßgeblich als ein Schuldverhältnis zu sehen. Der oben gekennzeichnete Leistungsaustausch bleibt dafür wesentlich.

³ Vgl. etwa Nikisch a. a. O. I, 12, 30.

pflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber eine Gegebenheit ist, die einen stark schuldrechtlichen Einschlag hat, ja sogar überwiegend als schuldrechtliche Größe zu bewerten ist und damit zu dieser Seite des Arbeitsverhältnisses zählt. Einmal ist in einer Vielzahl von Fällen die Treuepflicht des Arbeitnehmers überhaupt keiner natürlichen Person gegenüber zu erfüllen, sondern sie bezieht sich auf einen gleichsam abstrakten Arbeitgeber, z. B. auf die AG und die GmbH. Und selbst dann, wenn der Arbeitgeber eine natürliche Person ist, ist er in den Großbetrieben und jedenfalls in einer Vielzahl von mittleren Betrieben dem einzelnen Arbeitnehmer meistens fremd. Kennzeichnend ist, daß das Arbeitsrecht als Zwischenschichten eine Fülle von Personen kennt, die Arbeitgeberfunktionen erfüllen, ohne aber Arbeitgeber zu sein, z. B. die leitenden Angestellten, wie sie das Kündigungsschutzgesetz und — hier lautet die Definition etwas anders — das Betriebsverfassungsgesetz im Auge haben. Vor allem aber läßt sich, mit aller gebotenen Vorsicht, ganz allgemein sagen: Die Treuepflicht des Arbeitnehmers besagt entscheidend, daß sich der Arbeitnehmer zu seinem Arbeitsverhältnis nicht zu Lasten seines Arbeitgebers in ein widersprüchliches Verhältnis setzen darf. Er muß sein Arbeitsverhältnis und die aus ihm entspringende Verpflichtung mit seiner Person dem Arbeitgeber, auch dem abstrakten Arbeitgeber, Dienst zu leisten, in jeder Hinsicht erfüllen und darf sich zu den daraus zu ziehenden Folgerungen nicht in Gegensatz stellen. Das maßgebende personale Moment des Arbeitsverhältnisses beruht seinerseits darin, daß der Arbeitnehmer mit seiner ganzen Person unablässig im Arbeitsverhältnis steht. Die bewußte rechtliche Erkenntnis, daß eine menschliche Person als solche im Arbeitsverhältnis steht, ist ihrerseits von entscheidender Bedeutung. Damit genießt nämlich von der Rechtsordnung her der Arbeitnehmer den Schutz des Seins und der Würde seiner Person. Man darf das allerdings nicht mißverstehen, und ein Mißverständnis kann in zweierlei Hinsicht auftauchen: Einmal wäre hier ein schrankenloser Gemeinschaftsbegriff zu nennen. Es bleibt von der Natur der Sache her vorgegeben und es ist gar nicht aufzuheben, man mag das Arbeitsverhältnis gestalten, wie man will, daß es sich dabei entscheidend um einen wechselseitigen Austausch von Leistungen handelt. Auf der andern Seite darf man den personalen Schutz und die personale Position des Arbeitnehmers nicht mit einer, wenn auch allgemein gehaltenen Form der Nächstenliebe verwechseln. Die Liebe unter den Menschen unmittelbar zu fördern, ist nicht Aufgabe des Rechts; sogar bei der Ehe als Rechtsinstitution ist kennzeichnend, daß ganz entschieden von Rechten und Pflichten die Rede ist. Was das Recht hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses zu leisten vermag, was es aber auch erfüllen muß, ist, die Achtung vor der menschlichen Persönlichkeit desjenigen, der im Arbeitsverhältnis steht, in einer bestimmten grundlegenden Weise sicherzustellen. Man kann, weil es sich um natürliche und unaufhebbare Vorgegebenheiten handelt, gar nicht genug betonen, daß das Arbeitsverhältnis den Austauschfaktor, den Schuldrechtsfaktor kennt. Das

hebt jedoch die personale Qualität des Arbeitsverhältnisses nicht auf. Es ergibt sich auch kein innerer Widerspruch zwischen Schuldrechtsbeziehungen hier und dem personalen Faktor des Arbeitsverhältnisses dort. Das Arbeitsverhältnis wird begründet, damit der Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber bestimmte und auf dessen Zwecke hingerichtete Arbeit leiste und seine Arbeitskraft dafür zur Verfügung stelle, und ebenso gilt, daß der Arbeitnehmer im Typ- und Regelfall Arbeitsentgelt erhält. Der personale Faktor des Arbeitsverhältnisses ergibt sich, weil der Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner schuldrechtlichen Verpflichtung unablösbar mit seiner Person „in Dienst steht“.

Insbesondere im vergangenen Jahrhundert und auch noch bis in die dreißiger Jahre unseres Jahrhunderts hinein konnte man immer wieder hören, es sei im Grund und zutiefst unsittlich, daß die Zweckbestimmung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers durch einen andern, nämlich den direktionsär handelnden Arbeitgeber, erfolge. Die Zweckbestimmung der Arbeitsleistung durch den andern, den Arbeitgeber, lasse das Arbeitsverhältnis menschenunwürdig werden. Das trifft jedoch in keiner Weise zu. Daß einem Menschen eine Aufgabe vorgegeben ist, daß sie sich ihm stellt, ohne daß er sie selbst bestimmt hätte, ist noch nicht menschenunwürdig, sondern im tatsächlichen Geschehen etwas Übliches. Daß eine Beziehung bewußt eingegangen wird, in der der andere Beziehungspartner die Aufgabe stellt, kann noch keine Unsittlichkeit des Arbeitsverhältnisses herbeiführen. Auch bei der Umwandlung des Arbeitsverhältnisses in ein strenges rechtliches Gemeinschaftsverhältnis wäre die Selbstbestimmung desjenigen, der heute als Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis steht, jedenfalls sehr oft nur fiktiver Art. In Großbetrieben mit ihren Massenballungen von Arbeitnehmern könnte ein solches Gemeinschaftsverhältnis weitgehend nur über Repräsentativinstitutionen verwirklicht werden. Zum mindesten wäre es damit der Gefahr, wenn nicht sogar der notwendigen Folge, ausgesetzt, unreal zu werden.

Man muß sich nicht zuletzt klar darüber sein, daß das Arbeitsverhältnis auf einem gesamtgesellschaftlichen Hintergrund zu sehen ist. Es handelt sich darum, daß Arbeitnehmer und Arbeitgeber, der eine durch seine direktionsäre Weisung, der andere durch seine Arbeitsleistung, dem Wohl der Gesamtgesellschaft dienen, unbeschadet dessen, daß das Gewinnstreben des Arbeitgebers in sich völlig legitim ist, ebenso wie das Lohnstreben des Arbeitnehmers und sein Streben nach Sicherung des Arbeitsplatzes gleichfalls legitim sind. Ferner ist zwar das Erbringen der Arbeitsleistung, das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft unablösbar mit dem Arbeitnehmer und seiner Person verbunden, auf der andern Seite erfährt dies alles aber doch dadurch eine gewisse Verselbständigung, daß die Arbeitsleistung auf Ziele außerhalb der menschlichen Person, auf die Schaffung und Hervorbringung von Werken und Leistungen gerichtet ist. Man kann nicht einfach sagen, wie das Jahrzehnte lang der Marxismus getan hat, das Lohnarbeitsverhältnis sei nichts anderes als Lohnsklaverei und deshalb verdammenswert. Auch daß

das Arbeitsentgelt im Austausch gegen Arbeitsleistung gewährt wird, ist kein Verstoß gegen die Personwürde des Arbeitnehmers. Gerade hier gilt, daß die Arbeitsleistung in sich zwar unablösbar mit dem Arbeitnehmer und seiner Person verbunden ist, aber doch auf einen außerhalb seiner Person entstehenden Sacherfolg gerichtet wird.

Daß das Lohnarbeitsverhältnis, wie man es soziologisch genannt hat, in sich menschenwürdig, in sich sittlich und nach den präpositiven Normen des Rechts völlig legitim ist, hat mit ausdrücklichen Worten eine Institution anerkannt, die in besonderer Weise und entschieden im Industriezeitalter immer wieder für den Gedanken und den Schutz der menschlichen Person eingetreten ist: die Päpste der katholischen Kirche in ihren Sozialen Rundschreiben. In allen drei großen Rundschreiben, in *Rerum Novarum* von 1891, in *Quadragesimo Anno* von 1931 und in unsern Tagen in *Mater et Magistra* ist indirekt und in *Quadragesimo Anno* auch ausdrücklich die Anerkennung des Lohnarbeitsverhältnisses als solches zu finden. Ausdrücklich wird verworfen, daß es sich bei diesem Verhältnis um ein menschenunwürdiges Verhältnis handle, und es wird ausdrücklich gesagt, daß dieses Verhältnis voll legitim sei⁴. Daß die personale Seite des Arbeitsverhältnisses entscheidend betont und berücksichtigt wird, daß sich hierum nicht zuletzt die Bemühungen jener Enzykliken drehen, braucht im übrigen bei dem Amt und der Person der Träger dieser Rundschreiben nicht besonders betont zu werden.

Das Zusammenspiel des personalen und schuldrechtlichen Faktors im Arbeitsverhältnis soll nun an einem Beispiel näher verdeutlicht werden. Das Bundesarbeitsgericht hat in mehreren Entscheidungen die rechtliche Tragweite der sogenannten gefahrgeneigten Arbeit erörtert⁵. Es handelt sich bei der gefahrgeneigten Arbeit darum, daß bestimmte Arbeitsvorgänge erfahrungsgemäß immer wieder zu Fehlleistungen des Arbeitnehmers führen, daß aber, streng gesehen, jede einzelne dieser Fehlleistungen immer noch in den Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers fällt. Das einfachste Beispiel ist, daß die Hausangestellte beim Geschirrspülen Bruch macht. Die gefahrgeneigte Arbeit ist von der Art, daß sie typisch immer wieder zu Fehlleistungen des Arbeitnehmers führt. Der Töpfer in der Tonbrennerei, der seine Tongegenstände zum Brennen in den Brennofen einführt und nach dem Brennvorgang dort wieder herausholt, macht durchweg stets zu einem bestimmten Prozentsatz Scherben. Es darf aber niemals außer acht gelassen werden, daß der Arbeitnehmer an sich verantwortlich für den Schaden ist. Im Interesse des Arbeitnehmers muß die typische Gefahrensituation anerkannt werden. Es wäre eine Überforderung, ihn wegen des typischen Cha-

⁴ *Quadragesimo Anno* n. 64, wo sich gleichzeitig auch ein Hinweis auf die indirekte Anerkennung des Lohnarbeitsverhältnisses in *Rerum Novarum* findet. Zur indirekten Anerkennung siehe *Rerum Novarum* n. 16, 17, und *Mater et Magistra* n. 31 mit der ausdrücklichen Erwähnung der eben genannten Stelle von *Quadragesimo Anno*. Die Zitierung erfolgt nach *Jostock*, Die Sozialen Rundschreiben, 2. Aufl. (*Rerum Novarum* und *Quadragesimo Anno*) und „Die Sozialenzyklika Papst Johannes XXIII.“, Herder-Bücherei.

⁵ Etwa BAG 7, 118; 7, 290; BAG AP Nr 14 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“; BAG AP Nr. 16 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

rakters dieser Gefahrenlage einfach für seine Fehlleistung verantwortlich zu machen. Auf der andern Seite geht es aber in keiner Weise an, und es widerspräche der Leistungsverpflichtung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, wenn man ihn einfach wegen des Charakters des Schadensfalles schlechthin und unbeschränkt freistellen wollte⁶. Bei Vorsatz des Arbeitnehmers geht es deswegen nicht an, weil der Vorsatz bereits tatbestandsmäßig mit der typischen Gefahrenlage nichts zu tun hat; vorsätzliches Verhalten scheidet von vornherein aus dem Begriff der gefahrengeneigten Arbeit aus. Die Rechtsprechung hat aber auch wiederholt entschieden, daß die Folgen einer sogenannten groben Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers allein von ihm zu vertreten sind⁷. Das Interessanteste ist jedoch die vom Bundesarbeitsgericht entwickelte neuere Rechtsprechung: Bei gewöhnlicher allgemeiner Fahrlässigkeit soll jeweils eine quotale Verteilung des Schadens auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber entsprechend den konkreten Umständen des einzelnen Falles erfolgen⁸. In diesem Sachverhalt ist sowohl das personale Element wie auch die schuldrechtliche Beziehung deutlich zu erkennen. Die typische Gefahrenlage des Arbeitnehmers wird im Interesse seiner Personwürde anerkannt. Es wird aber ebenso die schuldrechtliche Verpflichtung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bejaht. Nur bei leichter Fahrlässigkeit (*culpa levissima*) wird der Arbeitnehmer, wenigstens in der Regel, von allem Schadensersatz freigestellt.

Der personale Faktor auf der einen und der schuldrechtliche Faktor des Arbeitsverhältnisses auf der andern Seite sind diejenigen Komponenten des Rechts des sogenannten Einzelarbeitsverhältnisses, die im Grund dessen gesamte positiv-rechtliche Ordnungen einschließlich der von der Rechtsprechung erarbeiteten Regel tragen. Es seien kurz einige Beispiele aus dem positiven Gesetz und der Rechtsprechung genannt. Der schuldrechtliche Faktor des Arbeitsverhältnisses führt zum Wettbewerbsverbot bei bestehendem Arbeitsverhältnis, auch wenn keine diesbezüglichen positiv-rechtlichen Bestimmungen vorliegen. Dieses Ergebnis wird zwar durchweg als Folge einer personalen Treueverpflichtung des Arbeitnehmers gewertet⁹. In Wirklichkeit liegt aber doch nur die nähere Konkretisierung der Verpflichtung des Arbeitnehmers vor, sich nicht in Widerspruch dazu zu setzen, daß er seinem Arbeitgeber Dienstleistungen zu erbringen hat und damit für dessen Zwecke, die Zwecke seines Arbeitgebers, tätig ist. Vielleicht ist es denkbar, in ähnlicher Weise auch einen Ansatzpunkt zur rechtlichen Beurteilung der sogenannten Schwarzarbeit zu finden. Der personale Faktor spielt eine entscheidende Rolle, er trägt sogar das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall (jetzt in Fassung des Änderungs- und Ergänzungsgesetzes vom 12. Juli 1961, in Kraft getreten am 1. August 1961). Dieses Gesetz ist wegen seiner rechtstechnisch schlechten

⁶ Sehr deutlich BAG 7, 290 [298/299].

⁷ BAG 7, 290 [300]; BAG AP Nr. 14 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

⁸ BAG 7, 290 [298—301].

⁹ Etwa *Nikisch*, Arbeitsrecht I, 451.

Formulierungen ein Kreuz für die Rechtsprechung; es ist schwer, seine tragenden Gedanken zu erkennen, und noch schwerer, sie im Verhältnis zu einander in eine fugenlose Ordnung zu bringen. Aber sicher ist, daß das Gesetz tragend auf dem personalen Faktor des Arbeitsverhältnisses, dem Schutzfaktor zugunsten des Arbeitnehmers, beruht. Das Arbeitsverhältnis zeitigt Nachwirkungen. In personaler Hinsicht gehört hierher die Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen auch ein Zeugnis über dessen Leistungen und dessen Führung im Arbeitsverhältnis zu erteilen. Auch über die Dauer des Arbeitsverhältnisses hinaus soll die personale Existenz des Arbeitnehmers, in einem bescheidenen Rahmen, sichergestellt werden, und zwar eben dadurch, daß er auf sein Verlangen ein Zeugnis über seine Fähigkeiten und Leistungen erhält. In schuldrechtlicher Hinsicht zeigen sich die Nachwirkungen in den nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bedeutsam werdenden Wettbewerbsverboten des Handelsgesetzbuches für die Handlungsgehilfen sowie den Wettbewerbsverboten der Gewerbeordnung für die Betriebsbeamten, Werkmeister, ähnliche Angestellte und die mit höheren technischen Dienstleistungen betrauten Arbeitnehmer, mögen die Regelungen selbst auch jeweils verschieden sein. In der Anerkennung einer Nachwirkung des personalen Faktors ist das Bundesarbeitsgericht sogar außerordentlich weit gegangen. Trotz der rechtmäßigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung wegen dringenden und begründeten Verdachts einer schwerwiegenden Handlung des Arbeitnehmers soll, wenn sich nachträglich der Verdacht als völlig unzutreffend herausgestellt hat, der Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen zur Wiedereinstellung verpflichtet sein¹⁰. An diesem Beispiel ist allerdings auch zu sehen, wie sich Grundsätze einer Rechtsordnung, die für sich anerkannt werden müssen, soll die Rechtsordnung funktionieren, reiben können. Es entspricht sicher dem personalen Faktor des Rechtes des Arbeitsverhältnisses, daß man in unserem Fall wenigstens unter bestimmten Voraussetzungen einen Wiedereinstellungsanspruch gibt. Die Anerkennung eines solchen Anspruchs widerspricht aber dem Bedürfnis der Gesellschaft nach Rechtsklarheit, nachdem das Arbeitsverhältnis nun einmal legitimerweise aufgelöst ist. Vielleicht läßt sich die befriedigende Lösung überhaupt nur unter Berücksichtigung dessen finden, was die Gesamtgesellschaft zu den einzelnen Zeiten über die sogenannte Verdachtskündigung denkt. Man darf aber wohl, jedenfalls in der heutigen Situation, gewisse Bedenken haben, den Wiedereinstellungsanspruch zu gewähren. Er ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch an so viel weitere Voraussetzungen geknüpft, daß man dem Arbeitnehmer möglicherweise sehr leicht Steine statt Brot gibt. Aber immerhin, als Beispiel für die entschiedene Wirkung des Personalitätsfaktors darf der Fall angeführt werden.

¹⁰ BAG 3, 332.

Wenn gesagt wurde, daß der personale Faktor und der schuldrechtliche Faktor die Komponenten und die grundlegenden Beziehungspunkte des Rechtes des Einzelarbeitsverhältnisses sind, so ist das weit mehr als eine Ordnungsbetrachtung, die aus Gründen der wissenschaftlichen Übersicht eine gewisse systematische Klarheit schaffen will. Es geht vor allem darum, die Grundlagen des Rechtes des Einzelarbeitsverhältnisses aufzuzeigen und von diesen Grundlagen her den einzelnen Normen ihre Rechtsposition und ihren Rechtswert zuzuordnen. Das aber ist weit mehr als eine bloße begriffliche Systematik: Es ist das Aufweisen der funktionalen Maßstäbe für einen wichtigen Teil des Arbeitsrechtes. Nicht zuletzt gewinnt man auf diese Weise die Möglichkeit, neuen Situationen mit neuen Tatbeständen auf überkommenen, bewährten und von der Natur der Sache her vorgegebenen Grundlagen begegnen zu können.

Für unsere Industriegesellschaft mit dem Massenphänomen der abhängigen Arbeit als gesamtgesellschaftlicher Erscheinung stellt das Kündigungsschutzgesetz ein ganz besonders wichtiges Beispiel des Zusammenspiels von Personalitäts- und Schuldrechtsfaktor dar. Der Arbeitsplatz ist für den Arbeitnehmer von grundsätzlicher und grundlegender Existenzwichtigkeit. Deswegen ist es ein Gebot des personalen Moments, dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nicht ohne triftigen Grund zu nehmen. In unserm Zusammenhang braucht eine nähere Erläuterung des „triftigen Grundes“ nicht gegeben zu werden. Es sei aber darauf hingewiesen, daß dieser Begriff nicht mit dem wichtigen Grund bei der außerordentlichen Kündigung verwechselt werden darf. Wenn es also ein Gebot des personalen Faktors ist, dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nicht ohne triftigen Grund zu nehmen, darf anderseits dieser Schutz des Arbeitsplatzes aber auch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitgebers führen. Der Arbeitsvertrag soll den Zwecken des Arbeitgebers dienen, und der Arbeitnehmer ist verpflichtet, sich entsprechend zu verhalten. Eine unangemessene Belastung des Arbeitgebers, insbesondere durch Gewährung eines absoluten Schutzes des Arbeitsplatzes, stünde hiemit in Widerspruch. Im übrigen könnte ein solch absoluter Schutz sehr leicht die Gesamtheit aller in der betreffenden Arbeitsstätte beschäftigten Arbeitnehmer und vielleicht noch andere Arbeitnehmer — man denke an den Konkurs und seine etwaigen wirtschaftlichen Folgen für andere Unternehmen — hinsichtlich ihres Arbeitsplatzes gefährden. (Auch kann ein Arbeitnehmer, dessen Verhalten und Art zu unerträglichen Reibungen mit seinen Arbeitskollegen führt, keinen Arbeitsschutz mehr beanspruchen.) Was sich wiederum ergibt, ist ein Zusammenspiel des personalen Elementes und der schuldrechtlichen Gegebenheit des Arbeitsverhältnisses. Das Kündigungsschutzgesetz hat dieses Zusammenspiel nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dahin umschrieben, daß die Kündigung bei vernünftiger Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses hier und der

Interessen des Arbeitgebers an der Lösung dort billigenswert, aner kennenswert sein muß¹¹.

Zusammenfassend kann gesagt werden: Der Persönlichkeitsfaktor im Recht des Arbeitsverhältnisses und der Schuldrechtsfaktor schützen in ihrem wechselseitigen Zusammenspiel die Personennatur des Arbeitnehmers und bewahren gleichzeitig Arbeitgeber und Gesamtwirtschaft vor unzumutbaren und untragbaren Belastungen. Man kann es vielleicht so ausdrücken, daß in unserem Arbeitsrecht die personale Natur des Arbeitnehmers unbedingt anerkannt ist, daß aber die gerechtfertigten Belange der Wirtschaft und die gerechtfertigten Positionen des Arbeitgebers gleichfalls bejaht werden. Bei einer theoretischen Betrachtung dieses sich im Recht des Einzelarbeitsverhältnisses vollziehenden Zusammenspiels könnte man ohne weiteres den Eindruck gewinnen, daß hier zwar eine Harmonie vorliegt, daß diese Harmonie jedoch im Grund sehr labil ist. Es kommt immer wieder darauf an, beide Faktoren in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu setzen. In der Wirklichkeit des Rechtslebens und des gesellschaftlichen Daseins liegen die Dinge allerdings doch nicht derart gebrechlich. Im großen und ganzen setzt sich diese Harmonie immer wieder ohne weiteres durch. Das ist ein Beweis dafür, wie gewichtig und von welcher Durchschlagskraft von Haus aus alle dem positiven Gesetz vorausliegenden Rechtspositionen für die Rechtsordnung sind. Dieses Sich-Durchsetzen des immer wieder von neuem zu erarbeitenden Ausgleichs beim Recht des Arbeitsverhältnisses ist allerdings auch dadurch gewährleistet und bedingt, daß in unserer öffentlichen Meinung entschieden ein Sinn sowohl für das personale Moment des Arbeitsverhältnisses als auch für seinen Schuldrechtsfaktor vorhanden ist. Die Rechtsprechung und die Rechtsordnung selbst setzen voraus, daß die tragenden Rechtsvorstellungen irgendwie als verpflichtendes Allgemeingut angesehen werden müssen. Fehlt dieser psychologische Faktor, ist jede Rechtsprechung und jede Rechtsordnung der Gefahr ausgesetzt, ohne innere Autorität zu sein, mit der Folge, daß sie dann als gesellschaftsmächtige, als gesellschaftsordnende Kräfte scheitern müßten. Daß wir für das Arbeitsrecht diese allgemein als verpflichtend angesehenen Rechtsvorstellungen besitzen, ist nicht zuletzt auch ein Verdienst der Sozialrundschriften der Päpste. Wenn man etwa *Rerum Novarum* liest, hat man an manchen Stellen den Eindruck, daß im Jahr 1891 Leo XIII. eine Kurzfassung wichtiger Teile des Rechts des Einzelarbeitsverhältnisses vorweggenommen hat¹².

Das ausgewogene Zusammenspiel von Persönlichkeitsfaktor und Schuldrechtsfaktor im Recht des Einzelarbeitsverhältnisses erscheint für unsere Industriegesellschaft geradezu existenzwichtig. Schon die zahlenmäßige Stärke der Arbeitnehmerschaft verlangt, damit keine revolutionären Erscheinungen auftreten, gebieterisch die Anerkennung der Persönlichkeit des einzelnen Arbeitnehmers. Auf der anderen Seite kann unsere Gesamtgesell-

¹¹ BAG 1, 117 [119/120]; 9, 36 [42/43].

¹² Etwa *Rerum Novarum* n. 16, 17.

schaft, die mit der Gewährleistung ihrer Funktionen Grundlage auch des Arbeitnehmerdaseins ist, nur bestehen, wenn die Belange der Wirtschaft ausgewogen berücksichtigt werden. Unser Recht der Einzelarbeitsverhältnisse dürfte — und das scheint bewußt oder unbewußt auch im wesentlichen anerkannt zu sein — in vorbildlicher Weise seine Aufgaben und Funktionen zu erfüllen.

Es wäre jedoch falsch, das Arbeitsrecht als ein fertig abgeschlossenes System anzusehen. In jüngster Zeit zeigen sich etwa verstärkt Bestrebungen, dies klassische Arbeitsverhältnis zu modifizieren und durch Elemente gesellschaftsähnlicher Art anzureichern, vielleicht sogar umzugestalten. Hier gilt es zunächst festzuhalten, daß das klassische Recht des Arbeitsverhältnisses in sich völlig legitim ist und sich voll mit der Personatur des Arbeitnehmers verträgt. Zugunsten des Arbeitnehmers ist doch der personale Faktor anerkannt und bejaht. Es ist ferner auch niemals so, daß der Arbeitnehmer nur ein stummes Vollzugsorgan wäre. Eine gewisse geistige Mitwirkung hat der letzte Hilfsarbeiter am Bau. Auch er kann Vorschläge für die Arbeitsgestaltung machen, und er macht sie. Wollte man solches unterbinden, könnte und müßte man von der Arbeitsrechtsordnung her unter Berufung auf den Personalitätsfaktor einschreiten. Es ist also zunächst bewußt anzuerkennen, daß dieses als klassisch zu bezeichnende Arbeitsverhältnis in sich voll legitim ist. Der Gedanke einer Ablösung des Arbeitsverhältnisses durch ein Gesellschaftsverhältnis ist demgegenüber vielleicht zwar nicht bei allen, aber doch bei manchen seiner Befürworter mehr oder weniger von emotionalen Erwägungen getragen. Man muß sich ferner darüber im klaren sein, daß eine Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses in Richtung auf ein Gesellschaftsverhältnis den Arbeitnehmer selbst erheblichen Gefahren aussetzen kann. In konsequenter Durchführung einer Umwandlung des Arbeitsverhältnisses in ein Gesellschaftsverhältnis fiele dann nämlich rechtlich der Arbeitnehmer weg, und ein Mitunternehmer träte an seine Stelle. Das hätte aber zum Ergebnis, daß die typischen arbeitsrechtlichen Schutzpositionen für den bisherigen Arbeitnehmer nunmehr „von Rechts wegen“ wegfallen müßten und daß der bisherige Arbeitnehmer nunmehr voll am Unternehmerrisiko zu beteiligen wäre. Das bliebe aber, und hier liegt eben das Dilemma, jedenfalls bei den Groß- und Mittelbetrieben nur eine Fiktion. Die Tatsächlichkeit des soziologischen Arbeitnehmerdaseins ließe sich in ihrem Kernpunkt für den einzelnen Arbeitnehmer doch gar nicht überwinden. Die Möglichkeit, in Groß- und Mittelbetrieben zum Gesellschaftsverhältnis zu kommen, würde weitgehend, wenn nicht in jedem Fall, ein institutionalisiertes Repräsentativsystem voraussetzen. Dieses Repräsentativsystem ist zur Erfüllung bestimmter Anliegen notwendig bei Großkollektiven, es hat aber, eben weil es die Vertretenen im letzten real doch nicht zur Geltung bringt, in gewisser Weise von Haus aus auch seine Schwächen. Möglicherweise ist kennzeichnend, daß gerade die Sozialrundschriften *Quadragesimo anno* und auch *Mater et Magistra* von einer gewissen Annäherung des Arbeitsverhält-

nisses an ein Gesellschaftsverhältnis „nach Maßgabe des Tunlichen¹³ sprechen und davon, daß die Arbeiter „in geeigneter Weise“ in Mitbesitz an ihrem Unternehmen hineinwachsen¹⁴. Mit diesen Sätzen dürfte vielleicht nicht zuletzt vor den hier skizzierten Gefahren gewarnt werden.

Es wäre allerdings ein Mißverständnis, sollten die bisherigen Ausführungen dahin gedeutet werden, als müsse man unter allen Umständen bei dem klassischen Recht des Arbeitsverhältnisses als der einzigen Möglichkeit bleiben. Der Gedanke einer Modifikation des Arbeitsverhältnisses in Richtung auf gesellschaftsvertragliche Elemente (und das ist etwas anderes als der Gedanke einer totalen Umgestaltung) ist letztlich bedingt durch eine bestimmte Situation unserer Gesamtgesellschaft. Die Arbeitnehmer stellen eine breite Schicht der heutigen Gesamtgesellschaft dar, die sie ihrerseits maßgeblich mittragen; bezeichnenderweise wird sehr oft Arbeitnehmergesellschaft als Synonym für die Industriegesellschaft gebraucht. Man muß nicht zuletzt die Arbeitnehmerschicht in ihrer Bedeutung für den gesamtwirtschaftlichen Erfolg sehen, wobei dieser Satz nicht im Sinn der Mehrwerttheorie des Marxismus aufgefaßt werden darf. Für eine Modifikation des Arbeitsverhältnisses selbst bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten, die, auch miteinander verbunden, verwirklicht werden können. Einmal bietet sich eine Mitbeteiligung der Arbeitnehmerschaft an der Unternehmensführung an — von der Geltendmachung der Arbeitnehmerschaft als Stand oder Schicht im Rahmen des gesellschaftlichen Gesamtkörpers sei in diesem arbeitsrechtlichen Zusammenhang nicht die Rede —, sodann die Gewinnbeteiligung des Arbeitnehmers am Unternehmensertrag.

Für den ersten Fall, die Mitbeteiligung an der Unternehmensführung, ist zu sagen, daß sie bei Groß- und Mittelunternehmen doch nur über ein Repräsentativsystem — konkret wäre an das Betriebsratswesen zu denken — durchführbar ist. Dann ist aber sorgfältig zu prüfen, welche echten Möglichkeiten für den Arbeitnehmer hier vorliegen, ob wenigstens eine psychologisch wirksame Verbesserung seiner Stellung, eine nicht ideologisch-propagandistische, sondern eine echt anerkannte und bejahte Hebung seiner Stellung zum Mitarbeiter eintritt. Es sei noch einmal wiederholt, daß beim Groß- und Mittelbetrieb lediglich eine gewisse Modifikation der rechtlichen Stellung des Arbeitnehmers denkbar ist, ohne daß seine reale soziale Situation insgesamt eine andere würde. Im Kleinbetrieb ist die Mitbeteiligung der Arbeitnehmer an der Gestaltung des Unternehmens erfahrungsgemäß bereits in meist außerrechtlichen Formen durch die engen lebensmäßigen Beziehungen zwischen Arbeitgeber/Unternehmer einerseits und den wenigen Arbeitnehmern andererseits sichergestellt. Eine besondere Problematik für die Mitbeteiligung stellt sich schließlich im Bereich des öffentlichen Dienstes, wo außerdem das Vorhandensein der Beamtenschaft beachtet werden muß. Was die Möglichkeit der Gewinnbeteiligung angeht, so ist sie in diesem Fall

¹³ *Quadragesimo Anno* n. 64.

¹⁴ *Mater et Magistra* n. 77.

gleich Null. Beim Mittel- und Großunternehmen ist zu beachten, daß die Gewinnbeteiligung niemals so weit gehen kann, daß der Arbeitnehmer deswegen in einem echten Sinn Mitunternehmer wird. Nicht nur verlöre er seine arbeitsrechtlichen Schutzpositionen, er wäre überdies auch am Unternehmerrisiko zu beteiligen. Typmäßig bringt er für eine derartige Belastung aber gar nicht die wirtschaftliche Leistungskraft mit. Auch zeitigt die Gewinnbeteiligung für den einzelnen Arbeitnehmer keine regelmäßigen absolut hohen Ergebnisse. Für den öffentlichen Dienst wird eine Gewinnbeteiligung überhaupt ausfallen; ob Ersatzveranstaltungen denkbar sind, bleibt zu prüfen.

Auf der andern Seite scheint es wirklich der Bedeutung der Arbeitnehmerschaft in unserer Gesellschaft zu entsprechen, daß man wenigstens in bestimmten Fällen zu bestimmten gesellschaftsrechtlichen Modifikationen des Arbeitsverhältnisses kommt. Die vollständige Aufhebung des Arbeitsverhältnisses wäre, um es ganz deutlich auszusprechen, eine Utopie; im Interesse einer sachgemäßen, der Gesamtgesellschaft dienenden Organisation des Wirtschaftskörpers läßt sich die Institution des Arbeitsverhältnisses als solche gar nicht aufheben. Es kommt also darauf an, unter Berücksichtigung all der aufgezeigten Schwierigkeiten „nach Maßgabe des Tunlichen“ und „in geeigneter Weise“ Modifikationen zu erzielen.

Auf dem hier in Rede stehenden Gebiet kann die Rechtsprechung mindestens vorderhand ohne positive gesetzliche Grundlagen gar nichts leisten. Für den Gesetzgeber wird es darauf ankommen, bestimmte Gesichtspunkte zu beachten. Einmal sind die Möglichkeiten, die sich für die gesellschaftsrechtliche Modifikation des Arbeitsverhältnisses ergeben, in ihren Konsequenzen sehr sorgfältig zu prüfen, und diese Möglichkeiten sind in allgemeinen, aber doch scharf umschriebenen Grundsatzregelungen auszusprechen. Alles weitere wird weitgehend eine Handhabung des einzelnen Falles in der Praxis sein, konkret also zunächst ein Experiment. Die Gesetzgebung muß, was gerade auch für die hier angesprochenen Grundsatzentscheidungen gilt, insbesondere rechtstechnisch sauber sein. Gerade bei Gesetzen, die in Neuland vorstoßen, sollte sich der Gesetzgeber bemühen, möglichst große Klarheit der Gedanken und der Fassung walten zu lassen. Manches, was an Kritik auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts niedergeht, ist berechtigt. Anderes geht aber deswegen fehl, weil man nicht berücksichtigt, daß nicht wenige Gesetze heute sehr unklar formuliert sind. Es ist üblich, über den Rechtspositivismus zu schimpfen. Aber die Rechtspositivisten des 19. und des beginnenden 20. Jahrhunderts haben *eine* wichtige naturrechtliche Forderung immer erfüllt: Die von ihnen geschaffenen Gesetze waren klar und stimmten in ihrer Systematik nahtlos überein. Diese naturrechtliche Forderung sollte sich der heutige Gesetzgeber ebenfalls zu eigen machen.

Unser klassisches Recht des Einzelarbeitsvertrages hat durch die Tendenz zu einer gesellschaftsrechtlichen Modifikation des Arbeitsverhältnisses einen neuen Gesamtimpuls erhalten, der in seiner Tragweite, seiner Richtung und

in seinem Fortgang noch nicht abzusehen ist. Es wird für alle von der Pflege der Rechtsordnung her Beteiligten, in erster Linie für den Gesetzgeber, sodann für die Rechtswissenschaftler und, sofern und soweit positive Gesetze vorliegen, auch für den Anwalt und den Richter, darauf ankommen, den neuen Impuls zu sehen, in seiner grundsätzlichen Berechtigung, wegen der Bedeutung der Arbeitnehmerschaft für die Gesamtgesellschaft, zu bejahen und doch das Recht des Einzelarbeitsverhältnisses ohne Bruch und in evolutionärer Weise fortzubilden. Das könnte eine der Aufgaben sein, die den heute tätigen Arbeitsrechtlern in besonderer Weise aufgegeben sind.

Ebenso wie der personale und der schuldrechtliche Faktor des Arbeitsverhältnisses jedem Gesetz vorliegende Gegebenheiten sind, die im Interesse einer sachgemäßen Ordnung notwendig beachtet werden müssen, ist das Arbeitsverhältnis seiner Natur nach stets von einer Interessenspannung zwischen seinen Partnern, dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber, durchzogen. Auf der einen Seite steht der Arbeitgeber mit seinen wirtschaftlichen Belangen und seinem in sich berechtigten Gewinnstreben, auf der andern Seite der Arbeitnehmer mit seinem in sich ebenfalls berechtigten Bestreben, seine Position entgeltmäßig und auch sonst zu verbessern. Die Feststellung solcher das Arbeitsverhältnis durchziehenden Interessenspannung hat mit der Absolutsetzung eines Klassenkampfgedankens nicht das geringste zu tun. Es geht schließlich darum, daß unsere auf dem Prinzip der Arbeitsteilung aufgebaute Wirtschaft Positionen geschaffen hat, die nicht — und das ist eben der Gegensatz zu einem Klassenkampfdenken — in absoluter Unvereinbarkeit einander gegenüberstehen, aber doch eine polare Spannung aufweisen. (Man muß sich im übrigen, und das spricht ebenfalls gegen ein Klassenkampfdenken, darüber im klaren sein, daß die arbeitsteilige Wirtschaft in ihrer Gesamtfunktion und in ihrem Gesamterfolg entscheidend der Gesamtgesellschaft und auf diese Weise allen ihren einzelnen Angehörigen zu dienen hat.) Diese stets gegebene Interessenspannung polarer Art kann durch eine Modifikation des Arbeitsverhältnisses nach der gesellschaftsrechtlichen Seite hin sehr wohl zu vernünftigem Ausgleich gebracht werden, jedenfalls kann eine solche Modifikation zu einem derartigen Ausgleich beitragen. Um nebelhaften Gemeinschaftsvorstellungen zu entgehen, bleibt aber zu beachten, daß sich die berechtigten Interessenpositionen des Arbeitnehmers an denen des Arbeitgebers reiben. Es ist unmöglich, die verschiedenartigen und — polar — entgegengesetzten Interessenpositionen durch eine Gemeinschaftsideologie zu verdecken. Das hat in der jüngeren Rechtsgeschichte Deutschlands der Nationalsozialismus versucht. Wenn man naturgegebene polare Spannungen ideologisch verdeckt, tritt aber sehr leicht das Ergebnis ein, daß sich emotionale Bewegungen und Strömungen verfestigen und nach gewisser Zeit zu einem gewaltsamen Ausbruch drängen. Naturgegebene Wirklichkeiten können eben nicht durch Ideologien aufgehoben werden, sie müssen anerkannt werden. Wenn deswegen die Interessenspannung im Arbeitsverhältnis zu bejahen ist, so ist es allerdings auch

gerade die Aufgabe des Arbeitsrechtes, im Interesse aller Beteiligten und nicht zuletzt der Gesamtgesellschaft, sich immer wieder um einen Ausgleich dieser Interessenspannungen zu bemühen, heute zwar bei weitem nicht ausschließlich, aber doch unter der Mitberücksichtigung des Umstands, daß eine Tendenz zu einer Modifikation des klassischen Arbeitsverhältnisses vorliegt.

Es sei noch auf einige Einrichtungen desjenigen Teils des Arbeitsrechtes eingegangen, der neben dem Recht des Einzelarbeitsverhältnisses steht. Unsere Industriegesellschaft kennzeichnet sich im Bereich des Lebenstatbestandes der abhängigen Arbeit in einer Hinsicht dahin, daß wir Großballungen von Arbeitnehmern in nicht wenigen Unternehmensstätten kennen. Für die Ordnung derartiger Großballungen der Arbeitnehmer ist der Grundsatz der Gleichbehandlung besonders wichtig. Er gebietet, daß der Arbeitgeber die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer nicht willkürlich ungleich behandeln darf, daß er sie nicht willkürlich disqualifizieren darf. Entwickelt wurde der Satz seit 1938 durch das Reichsarbeitsgericht¹⁵; die Rechtswissenschaft hat ihn aufgenommen und das Bundesarbeitsgericht ihn fortgeführt, vielleicht auch etwas verfeinert¹⁶. Der Satz wurde ans Licht gehoben im Fall des Gratifikations- und Pensionswesens, genauer hinsichtlich der diesbezüglichen freiwilligen Leistungen des Arbeitgebers. Die Rechtsprechung ging dabei von der Regel und Norm aus, daß der Arbeitgeber verpflichtet ist, alle Arbeitnehmer, die sich in gleicher Stellung befinden, nicht ungleich zu behandeln. Das besagt also, daß der Arbeitgeber, der freiwillig einer bestimmten Schicht der Arbeitnehmer eine Gratifikation oder Pension gewährt, allen Angehörigen dieser Schicht die Gratifikation oder Pension zu gewähren hat, es sei denn, daß gerechtfertigte Gründe für die Nichtbeteiligung der ausgeschlossenen Arbeitnehmer vorliegen. Ein solcher rechtfertigender Grund liege im Fall der Gratifikation dann vor, wenn ein Arbeitnehmer von einer Zuteilung etwa deswegen ausgeschlossen würde, weil er sich in einem gekündigten Arbeitsverhältnis befindet. Dieser beim Recht der freiwilligen Gratifikationen entwickelte Gleichbehandlungssatz hat weit über diesen Bereich hinaus Bedeutung. Er ist wohl — das soll jedoch keine Präjudizierung sein — grundsätzlich auch für den Bereich der vom Arbeitgeber ausgeübten sogenannten Gestaltungsrechte zu bejahen, also etwa für den Fall, daß der Arbeitgeber wegen eines Vorfalles, an dem mehrere seiner Arbeitnehmer beteiligt sind, Kündigungen ausspricht. Dabei muß man sich allerdings völlig darüber im klaren sein, daß bei derartigen Tatbeständen erhebliche Schwierigkeiten deswegen bestehen, weil es zu sehen gilt, ob eine Gleichlagerung wirklich vorliegt.

Das Entscheidende beim Gleichbehandlungssatz ist, daß er auf einer Kom-

¹⁵ Grundlegend war die Entscheidung vom 19. Januar 1938, RAG 33, 172; ferner RAG 33, 216; 35, 114; 35, 218 und viele andere.

¹⁶ U. a. BAG 1, 37 [40]; 3, 253 [257]; 4, 262 [266]; 5, 343 ff.; 7, 250 [255/256]; 7, 362 [365/366]; BAG AP Nr. 18 zu § 611 BGB „Ärzte, Gehaltsansprüche“.

bination individualrechtlicher Größen und kollektiver Gegebenheiten beruhen dürfte. Die Forderung, bei gleicher Situation gleich zu behandeln, ist eine Forderung natürlicher Gerechtigkeit. Nichts kann einen Menschen so empören wie das Messen mit ungleichem Maß bei genau der gleichen Sachlage. Die Forderung nach der Gleichbehandlung wird deswegen auch nur wirksam im kollektiven Rahmen. Es kommt darauf an, daß Vergleiche möglich sind, weshalb auch unsere Norm, jedenfalls im allgemeinen, nur für den Raum des Betriebes gilt. Insbesondere ist noch zu beachten, daß der Gleichbehandlungssatz sachgemäße Unterschiede nicht nur zuläßt, sondern geradezu fordert; er ist kein Satz einer allgemeinen Gleichmacherei, sondern er basiert auf dem Gedanken der sachgerechten Behandlung. Wenn man den Gleichbehandlungssatz unter allen seinen Rücksichten betrachtet, dann wird deutlich, wie lebenswichtig er für das Funktionieren des Arbeitnehmergroßkollektivs im Betrieb ist. Wollte man ihn nicht anerkennen und nicht anwenden, wäre die Funktionsfähigkeit der Belegschaft durch den groben Angriff auf das natürliche Gerechtigkeitsempfinden nachhaltig gestört. Es ist anzuerkennen, daß seine Geltung für das geordnete Bestehen und Funktionieren des betrieblichen Kollektivs unerläßlich ist. Ein Ruhmesblatt der Rechtsprechung ist es, daß sie den Satz letztlich wieder aus der Natur der Sache herausgeschöpft hat. Das Gleichbehandlungsprinzip sichert den Arbeitnehmer in dem Kollektiv, in dem er seine tägliche Arbeit verrichtet¹⁷. Deswegen sollte man diese Regel auch dem Kreis des sogenannten kollektiven Arbeitsrechts zuordnen.

Im Zusammenhang der Beziehung von individuellem und kollektivem Raum kann man auch — im Unterschied zur herkömmlichen Systematisierung des Arbeitsrechts — das sogenannte Mitbestimmungsrecht des Betriebsverfassungsgesetzes sehen. Diese Mitbestimmungsbefugnisse der Betriebsräte werden von Gesetzes wegen und üblicherweise aufgeteilt in eine Mitbestimmung in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten. Die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten erstreckt sich auf Fragen wie Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen, Aufstellung des Urlaubsplanes, Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen, Einführung von neuen Entlohnungsmethoden und dergleichen. In personellen Angelegenheiten geht es um die Mitbestimmung bei Einstellungen, Umgruppierungen, Versetzungen und Entlassungen, wobei der Betriebsrat seine Zustimmung zu der beabsichtigten Maßnahme des Arbeitgebers übrigens nur beim Vorliegen ganz bestimmter Tatbestände verweigern darf. Der Betriebsrat hat ferner noch die Möglichkeit, vorstellig zu werden, damit ein Arbeitnehmer entlassen wird, der wiederholt durch unsoziales oder gesetzwidriges Verhalten den Betriebsfrieden ernstlich gestört hat.

Die sogenannte Mitbestimmung in wirtschaftlichen Fragen gibt keine Beteiligung an der Unternehmensleitung als solcher. Sie bezweckt vielmehr,

¹⁷ Siehe auch Müller, BB 57, 409/410.

bei Betriebsstillegungen, bei Betriebsverlegungen, bei grundlegenden Änderungen des Betriebszweckes oder der Betriebsanlagen, soweit sie nicht offensichtlich auf einer Veränderung der Marktlage beruhen, und ähnlichen Sachverhalten den Betriebsrat mit zum Zug kommen zu lassen. Wenn man all diese Komplexe nebeneinander gestellt betrachtet, dann sind sie — Entsprechendes gilt für die Beteiligungsbefugnisse des Personalratswesens — durch einen einzigen tragenden Grundgedanken gekennzeichnet. Es geht darum, die Arbeitnehmerschaft des Betriebs durch ihr Repräsentativorgan, den Betriebsrat, mitwirken zu lassen bei unternehmerischen Angelegenheiten, die in besonderer Weise unmittelbar ihr soziales Schicksal und ihre soziale Situation betreffen. Beim Mitbestimmungsrecht in sozialen Fragen ist dies ohne weiteres ersichtlich. Beim Mitbestimmungsrecht in personellen Fragen wird es sehr deutlich, wenn man beachtet, daß der Betriebsstörer — das ist übrigens kein verschwommener, Willkürmöglichkeiten eröffnender Begriff — entfernt werden kann, weil er das Wohlbefinden der Gesamtbelegschaft beeinträchtigt. In den Fällen der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten ist wiederum von vornherein eindeutig, daß sie insbesondere wegen des sozialen Wohls und Wehe der Belegschaften und ihrer Angehörigen eingerichtet ist. Kennzeichnend mag sein, daß die Angelegenheiten, die unter das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht des Betriebsverfassungsgesetzes fallen, im Personalvertretungsgesetz wörtlich fast gleichlautend unter der Überschrift „Mitbestimmung und Mitwirkung in personellen Fragen“ erscheinen.

Wenn man diese Gesichtspunkte beim Mitbestimmungsrecht des Betriebsrätewesens sieht, ist dessen Funktion letztlich dahin zu bestimmen, daß der Personalitätsfaktor, der das Einzelarbeitsverhältnis durchzieht, in angemessener Weise auch und gerade auch im Betriebskollektiv zum Zug kommen soll. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrätewesens und dieses selbst dienen dazu, die personale Seite des Arbeitnehmers nunmehr im Hinblick auf seine Einordnung in das Kollektiv des Betriebs sicherzustellen oder doch sicherstellen zu helfen. Man hat den Eindruck, daß in der Praxis im großen und ganzen das Betriebsrätewesen auch diesem Ziel dient, unbeschadet dessen, daß Reibungen dort entstehen, wo koalitionspolitische und parteipolitische Einflüsse Platz greifen.

Die Koalitionen, die Gewerkschaften wie die Arbeitgeberverbände, sind mit Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes durch das Grundrecht der positiven Koalitionsfreiheit besonders geschützt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthält der Grundsatz der positiven Koalitionsfreiheit notwendig auch eine Bestandsgarantie der Koalitionen als solcher, also eine Bestandsgarantie des Koalitionswesens¹⁸. (Eine Garantie der konkreten einzelnen Koalitionen ist somit nicht gegeben.) Wenn sich die einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in Verwirklichung eines Grundrechts zu Ge-

¹⁸ BVerfG 4, 96 (101/102]. Das Bundesverfassungsgericht leitet dabei sein Ergebnis des näheren ab aus dem Grundsatz des sozialen Rechtsstaates.

werkschaften oder Arbeitgeberverbänden zusammenschließen können, ist das nur sinnvoll, wenn auch die Koalitionen selbst institutionell geschützt werden. Besteht in diesem Sinn aber eine Bestandsgarantie der Koalitionen, dann ist auch eine Funktionsgarantie des Koalitionswesens gegeben. Der Schutz des Zusammenschlusses erfolgt offensichtlich doch deswegen, damit sich die Koalitionen durch ihre autonome Gestaltung des Arbeitslebens betätigen können¹⁹. Zusammenfassend zeigt sich, daß die Rechtsordnung — des näheren die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit, also die Rechtsnormen und auch die Gestaltung von der Rechtsprechung her — eine soziologische Institutionalisierung der Verbände im Bereich des Lebenstatbestandes der abhängigen Arbeit vorgenommen hat. Diese Verbände sind, weil sie durch ihre Tätigkeit die Ordnung des Arbeitslebens entscheidend mitgestalten sollen, selbst Ordnungsträger. Ein wesentlicher Ausfluß des Koalitionsschutzes nach dem Grundgesetz, eine Konsequenz der Bestands- und Funktionsgarantie des Koalitionswesens, ist dann das Tarifvertragsgesetz, das den Verbänden die Möglichkeit der autonomen Normensetzung gibt. Die Rechtsordnung erkennt die autonome Verbandstätigkeit des Koalitionswesens an. Dabei ist diese Verbandstätigkeit selbst weit über den Rahmen einer Selbsthilfetätigkeit hinausgegangen, mag diese auch immer noch eine entscheidende Rolle spielen. Die Verbände sind echte *corps intermédiaires* zur Ordnung des Lebenstatbestandes der abhängigen Arbeit geworden und haben in der Industriegesellschaft deswegen einen wichtigen Beitrag zur Ordnung unserer heutigen Gesamtgesellschaft zu leisten.

Damit ist allerdings auch die zentrale Problematik des Koalitionswesens von heute angesprochen: nämlich das Verhältnis der Koalitionen zur Gesamtgesellschaft und letzten Endes zum Staat zu bestimmen. Hier haben wir noch keine klaren Linien. Das gilt sowohl für die Gewerkschaften wie für die Arbeitgeberverbände. Die Gewerkschaften, historisch entstanden u. a. aus dem Emanzipationskampf des Vierten Standes gegen — etwas vergrößert gesagt — den damaligen Obrigkeitsstaat, sind jedenfalls zu einem Teil immer noch mit gewissen Ressentiments gegenüber dem Staat in seiner konkreten Erscheinungsform belastet. Von den Arbeitgeberverbänden kann man den Eindruck haben, daß sie gerne dahin tendieren, sich als Nur-Interessenverbände zu betätigen und aufzutreten. Weder das eine noch das andere stimmt mit den Aufgaben des Verbandswesens, in autonomer Weise tragende Bedingungen eines heute für die Gesamtgesellschaft zentral wichtigen Gebietes zu regeln, recht überein. Man muß allerdings auch betonen, daß hier das Recht am wenigsten etwas aufbauen kann, es kann nur äußerste Begrenzungen und äußerste Rahmen setzen. Das Entscheidende liegt vielmehr bei den Verbänden selbst. Immer zu beachten bleibt dabei, daß die Verbände eine Aufgabe erfüllen, die in dieser Weise der Staat gar nicht erfüllen kann: Die unmittelbar Beteiligten kommen zu einer Ordnung. Der

¹⁹ Hueck-Nipperdey a. a. O. II, 107.

Staat ist, wie es ebenfalls die Erfahrung der jüngeren Zeit zeigt, schlechterdings überfordert, wenn er durch seine Dienststellen etwa Lohn- und Arbeitsbedingungen konkret bis ins Letzte regeln sollte.

Abschließend und zusammenfassend sei mit allem Nachdruck betont, daß es eine staatspolitisch zentrale Frage ist, bei voller und unbedingter Aufrechterhaltung der Verbandsautonomie zu einer sachgemäßen Ordnung des Koalitionswesens im Verhältnis zur Gesamtgesellschaft zu kommen. Nur so kann die Gesellschaft der Industriezeit funktionsfähig bleiben, weil der Staat die fraglichen Aufgaben eben gar nicht übernehmen kann. Hier müssen die Verbände das Entscheidende selbst beitragen.

Was im ersten Teil wie ein Loblied klang, hat über die Problematik einer gesellschaftsrechtlichen Modifikation des Arbeitsverhältnisses bis zur heutigen Situation des Koalitionswesens gezeigt, daß wir beim Arbeitsrecht keineswegs fertigen und abgeschlossenen, in sich ruhenden Verhältnissen gegenüberstehen. Der Gleichbehandlungssatz ist bei einer Gesamtsicht des kollektiven Arbeitsrechts nur eine Teillösung, und dasselbe gilt, mag es auch nicht mehr so umkämpft sein wie noch vor nicht allzu langer Zeit, für das Betriebsverfassungsrecht. Das, was als Aufgabe in zurückliegenden Jahrzehnten gestellt war, ist im wesentlichen gelöst worden. Nunmehr harren neue Probleme des Arbeitsrechts von erheblicher Bedeutung für die Gesamtgesellschaft ihrer Bewältigung. Man kann nur hoffen und wünschen, daß sie vernünftigen und ausgewogenen Ergebnissen entgegengeführt werden. Falsch wäre es zu glauben, daß diese Ergebnisse schlagartig kämen. Unser klassisches Arbeitsrecht hat Jahrzehnte zu seiner Entwicklung gebraucht. Sollten ausgewogene Lösungen geschaffen werden, lassen sie sich nur langsam entwickeln. Evolutionen brauchen im Gegensatz zu Revolutionen Zeit. Dafür bauen sie aber auch in einer organischen Weise auf.

Der Ingenieur und die Studienschule

GEORG SIEMENS

Ungefähr seit 1956 ist der Zustrom zu den deutschen wissenschaftlichen Hochschulen wie ein Hochwasser angeschwollen, so daß der Lehr- und Forschungsbetrieb vielerorts unmöglich zu werden droht. Während die Zahl der Studierenden in Deutschland, bezogen auf 10 000 Einwohner, im Jahr 1930 (Deutsches Reich) 16 betrug, ist sie 1960 (Bundesrepublik) auf 32 gestiegen, und sie steigt weiter. Angesichts dieser Verhältnisse hat der im September 1957 durch ein Verwaltungsabkommen zwischen dem Bund und den Ländern gebildete Wissenschaftsrat in seinem im November 1960 erstatteten Gutachten Empfehlungen zur Reform der deutschen wissenschaft-